

【刑法研究】

罗马刑法中的死刑及其控制

徐国栋

(厦门大学 法学院,福建 厦门 361005)

【摘要】 罗马刑法适用广泛,执行方式残酷,但也包括限制死刑的规定,此等限制分为刑法限制和宪法限制两个方面。刑法限制排除了对未成年人、过失者、孕妇适用死刑,并允许以禁绝水火取代死刑。宪法限制体现为三个瓦雷流斯法创立并完善的向人民申诉制度,由此把生杀权掌握在百人团大会手中,限制了长官的刑杀权。这种限制不正当死刑的思想至今仍有影响,限制无人机杀人的思潮即为其体现。

【关键词】 死刑;限制死刑;瓦雷流斯申诉法;波尔求斯法;无人机杀人

【中图分类号】 D914 【文献标识码】 A 【文章编号】 1000-5072(2014)04-0050-10

进化论是统治我国法制史研究的主流哲学。按这种观点,古代刑法残忍,现代刑法人道,从残忍到人道,完成一个进化。罗马刑法当然属于古代刑法,我在研究它的过程中,发现进化论的解释力不足。毋庸讳言,罗马刑法中有一些残忍的规定,但也有一些相当人道的规定,它是最早对死刑进行限制的法律体系,一些规定仍值得当代立法者学习。为此,我以此文展现罗马刑法中死刑制度的某些方面,将其限制或死刑的思想呈现给大家。

“某些方面”的意思一是只谈对平民的死刑,不谈军刑法中的死刑。二是只谈罗马城的刑法中适用的死刑,不谈行省刑法中适用的死刑。如此,或可避免议论过泛。

一、罗马刑法中的死刑

(一) 可以适用死刑的罪名

在罗马法史上,可以适用死刑的罪名因时代不同而不同。下面按《十二表法》时期、常设

刑事法庭时期和非常诉讼时期考察罗马法中可以适用死刑的罪名。

《十二表法》共有 8 个条文规定死刑。集中在第八表和第九表。

第八表规定死刑的条文如下:

第 1b 条:如果某人念侮辱人或致人不名誉的歌谣,应处死刑。

第 9 条:夜间在快要熟的庄稼地放牧的,或收割此等庄稼的,如为适婚人,则判死刑,吊在树上祭谷神;如为未适婚人,则按长官的决定鞭打,处以加倍于损害的罚金或赔偿于受害人。

第 10 条:烧毁房屋或堆放在房屋附近的谷物堆的,如属故意,则捆绑而鞭打之,然后把他烧死;如为过失,则赔偿损失;如属能力有欠缺者^①,则从轻处罚。

第 12 条:夜间行窃,如被处死,应视为合法。

第 14 条:现行盗窃,白天行窃的窃贼不用武器自卫的,如为自由人,处鞭打后交给被窃者;如为奴隶,处鞭打后投塔尔贝雅岩^②下摔死。

第 21 条:恩主欺诈门客的,让他做牺牲。

【收稿日期】 2013-11-12

【作者简介】 徐国栋(1961—)男,湖南益阳人,厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士,主要从事罗马公法研究。

① 如年龄不到或精神有问题等情况。

② 卡皮托尔山上的一处悬崖。在《十二表法》的时代有 30 米高,可以摔死人。

第23条:因作伪证受判处者,投于塔尔贝雅岩下。

第九表规定死刑的条文如下:

第3条:依法委任的承审员或仲裁员,被确认为在判案过程中收受金钱的,处死刑。

第5条:凡煽动敌人或把市民交给敌人的,处死刑^①。

第八表规定的死刑罪名都是侵犯私人利益的,第九表规定的死刑罪名都是侵犯公共利益的,所以,十人委员会把不同性质的死刑罪名安排在不同的表中。

归纳一下,按《十二表法》,侮辱罪、夜盗庄稼罪、一般夜盗罪、纵火罪、现行盗窃的奴隶、恩主欺诈门客罪、伪证罪、司法腐败罪和通敌罪处死刑。以现代人的眼光看,对侮辱罪和盗窃罪适用死刑,过于严苛,故后来它们都被其他刑罚取代。例如,在优士丁尼法中,侮辱罪、盗窃罪都以罚金制裁。对于伪证者,只有奴隶处死刑,自由人处放逐^{[1]582}。比较后可以说,《十二表法》采用重刑主义,让侵犯他人财产的人付出生命的代价。

现在让我们来看常设刑事法庭时期罗马的死刑罪名。常设刑事法庭的特点是一法一院、一院一罪。“一法”指每个常设刑事法庭都根据一个专门的刑事法律设立,它只审理涉及该法罪名的案件,不审理其他案件。第一个常设刑事法庭是公元前149年设立的,用来审理搜刮钱财罪案件。最终,共和时期罗马人共设立了九个常设刑事法庭。它们是:搜刮钱财罪法庭、杀人和投毒罪法庭、杀亲罪法庭、伪造罪法庭、国事罪法庭、选举舞弊罪法庭、贪污罪法庭、暴力罪法庭、侮辱罪法庭^{[2]205}。到奥古斯都时期,又增加了通奸罪法庭和妨碍粮食供应罪法庭^{[3]88}。反言之,没有专门的刑事法律打击和相应的刑事法庭追究的行为,不可称之为有罪,所以说,常设刑事法庭制度体现了罪刑法定主义^{[4]242}。既然如此,在常设刑事法庭时期,罗马刑法只有11个罪名,判断它们中何者适用死刑就很容易。它们中,国事罪、公开出售毒药(杀人罪的一种)、杀亲罪、贪污罪、伪造罪、强奸罪

(暴力罪的一种)适用死刑^[5]。相较于《十二表法》规定的死刑罪名,私人性减少,公共性增强,罪与罚比较相当。

最后让我们来看非常诉讼时期罗马刑法中的死刑罪名。非常诉讼从戴克里先在位时期(约243—约313年)开始全面实行,这意味着不再实行一法一庭、一庭一罪制,而是一个法院民刑案件皆审。此时,皇帝敕令成为主要的法律渊源,如此,判死刑的法律依据主要是皇帝立法。这样就在常设刑事法庭时期留下的死刑罪名的基础上增加了一些适用死刑的新罪名。例如,《关于拐带人口罪的法比尤斯法》本未规定死刑,现在根据皇帝的敕令用刑,有时处以死刑;有时处以较轻的刑罚^{[1]586}。又如,马尔库斯·奥勒留(121—180年)皇帝规定对越狱者处死刑^{[6]179}。塞维鲁斯(208—235年)皇帝规定对武装洗劫坟墓者处死刑^{[6]144};君士坦丁(272—337年)皇帝规定了对阉人为宦官者处死刑^[7]。君士坦丁乌斯(337—361年)对于舅舅与外甥女之间的结合处以死刑(C. Th. 3, 12, 1, 342年);对堂表兄弟姐妹之间的结合适用火刑^[8],等等。

(二) 执行死刑的方式

1. 吊在树上晒死或冻死

这是《十二表法》第八表第9条对夜盗庄稼者规定的刑罚。按罗马人的观念,吊死是一种受诅咒的死法,被吊死者的灵魂在彼岸得不到安息,继续在活人间游荡,永远处在无法克服的恐惧中^{[9]179}。

2. 授权受害人或公众杀死

前种可能体现在第八表第12条中:夜间行窃,如被处死,应视为合法。后种可能体现在第八表第21条中:恩主欺诈门客的,让他做牺牲。“做牺牲”就是放逐法外,人人可得而诛之^{[10]9}。

3. 十字架刑

这种罗马刑罚因曾适用于耶稣,大家比较熟悉,它只适用于奴隶^{[9]187}。但可能是从波斯引进的。在被悬吊十字架前,犯人要被鞭打并被打断手脚。他们可能要吊几天才死,故相当

① 本文援引的《十二表法》的规定,统统来自徐国栋、(意)阿尔多·贝特鲁奇、(意)纪慰民译《〈十二表法〉新译本》,载《河北法学》2005年第11期。

于中国古代的凌迟。执行在人来人往的地方进行,以达到震慑的效果^{[11]68}。这种执行方式出现很早。君士坦丁皇帝后来废除了十字架刑,不是出于仁慈,而是出于虔诚。

4. 摔死

《十二表法》第八表第14条规定:现行盗窃,白天行窃的窃贼不用武器自卫的,如为自由人,处鞭打后交给被窃者;如为奴隶,处鞭打后投塔尔贝雅岩下摔死。同表第23条规定:因作伪证受判处者,投于塔尔贝雅岩下。这种死法具有宗教意义,意思是把罪犯发派给神祇^{[9]181}。

5. 烧死

《十二表法》第八表第10条规定了对纵火者适用此刑,反映了立法者的报复论刑法观。后来,君士坦丁乌斯皇帝对于一定范围的乱伦者也课处火刑。在此等情形,用火烧,可能是为了根绝犯罪人在此世的痕迹。

6. 投放野兽

是把罪人投入斗兽场与野兽相斗,通常的结果是被后者吞食^{[12]195}。

7. 袋刑

其方法是在定罪后把受刑人的头围上狼皮,在其脚底绑上木鞋底,用血红色的木棒或特别灌木做成的棍棒殴打后绑入袋中,让黑公牛拉入大海或最近的河流^{[13]121}。有海的地方入海,无海的地方入河^{[13]125}。

8. 拷打致死

这是一种延长执行死刑过程的方法,把拷打和杀戮结合起来。从公元前509年颁布《瓦雷流斯申诉法》起,罗马市民不受拷打,所以,在共和时期,此种执行方式应不适用于罗马市民。有记载的适用是高卢反叛者维钦托利(Vercingetorix,约公元前82—公元前46年)被用这种方法处死。到塞维鲁斯皇帝时代,此刑用来处死杀亲者。这时,看来罗马市民不受拷打的规定已被突破了。

9. 绞死

西塞罗在担任执政官时安排三人刑事组把5名卡提林纳分子在他的亲自监督下在罗马的国家监狱图利亚努姆(Tullianum)绞死^{[14]199}。所以,绞死应该是共和时期执行死刑的方式之一。

10. 斩首

《关于侮辱罪的科尔内流斯法》规定治死病人的医生要放逐或斩首^{[15]181}。这种执行方式特别属于优士丁尼时代。

真是五花八门,犯人遭受的痛苦差别甚大。执行者有公家的和私人的。十字架刑当然由公家执行,但允许受害人或公众杀死夜盗者或背信的恩主,前者就是私的死刑执行人了。这在某种意义上属于私刑。

(三) 死刑的阶级性

1. 适用的阶级性

身份性是罗马刑法的特点之一,表现为同罪异罚。例如,《关于伪造的科尔内流斯法》对犯罪人依身份定刑罚。奴隶犯此罪的,处死刑;自由人犯此罪的,放逐之^[1]。这样的规定在其他刑事单行法中普遍存在。

2. 执行方式的阶级性

即使罚相同,但执行方式依犯人的身份不同而不同。如前所述,对罗马市民不适用十字架刑,这种刑罚只适用于奴隶和身份卑贱的人,以及外国人^{[16]2}。

(四) 死刑的附加刑

当代中国的受死刑者通常附加被判剥夺政治权利。罗马人有类似的处置,对于被判国事罪者,附加判处记录抹煞刑(Damnatio memoriae),又称死后社会唾弃(Ignominia post mortem)或除忆诅咒,是课加给被判死刑并被处决者的名誉刑。被判处者的名字要从有关文件和纪念碑中取消,他所为之遗嘱和死因赠予失效^{[17]54}。

另外,到了帝政时期,被判死刑者的财产要判归皇库所有。据说这是来自托勒密统治下的埃及的做法^{[18]36}。

二、对死刑的刑法控制

在刑法范围内,罗马人对死刑的控制尺度有四。容分述之。

1. 对未适婚人不适用死刑

《十二表法》第9条规定:夜间在快要熟的庄稼地放牧的,或收割此等庄稼的……如为未适婚人,则按长官的决定鞭打,处以加倍于损害的罚金或投偿于受害人。如此,对适婚人适用

死刑的罪名对于未适婚人只适用罚金,并以鞭打。其家父不愿支付此等罚金的,他可将犯罪子女交给受害人为临时奴隶,强制劳动直到其损失得到填补。

要注意的是,未适婚人不等于未成年人,他们是12(女)或14岁(男)的罗马人,因此,罗马人的刑事责任年龄较低,不到成年(17岁,这是可以参加百人团会议的年龄)年龄即要承担刑事责任。

2. 对过失犯罪不适用死刑

例如,按照《十二表法》第八表第10条的规定,故意纵火者处死刑,但对过失失火者只课处赔偿的民事责任。

3. 对孕妇不适用死刑,此等刑罚要到孕妇分娩后才执行

对此可见乌尔比安在其《萨宾评注》第14卷中的论述:被判处剥夺生命刑的怀孕妇女的刑罚,被延缓到她生产之后。我确实也知道这样的规则被遵守着:只要她怀孕,就不对她进行审讯^{[6]204}。

4. 允许以禁绝水火刑取代死刑

禁绝水火是剥夺受处罚者的保护和供养的意思^①,它是对死刑的取代,因此可称为假死刑。这样,得知自己被判死刑的人可以选择接受执行,也可选择流亡。如果他选择后者,判处他死刑的机构会随后宣布他禁绝水火。受禁绝水火者丧失市民权并被没收财产^{[19]75}。他必须在卡皮托尔山(朱比特神庙的所在地)以外500罗里的地方活动,如果在这一区域内被发现,必须被处死,任何供给他食物和眠床的人都必须受死刑^{[20]247}。

三、对死刑的宪法控制

卢梭把社会契约论当作死刑正当性的基础。缔结社会契约的目的是为了保护缔结者的生命、自由和财产。所有的社会成员都被假定参与了

此等契约的订立,尽管不能取得完全的一致,多数人的意见被视同一切人的意见。如果反对派不愿妥协,可以选择流亡表明自己的选择。在此等框架下,如果按照社会契约的规定行事,即使受死刑,被判罚者也被假定事先对此表示了同意^②,但缔结此约移交的公权力行使者反过来破坏这些缔结社会契约的目的因素的,则构成违法行使权力,必须通过宪法预防和解决。在这方面,罗马人为我们留下了宝贵的经验。

(一)《瓦雷流斯申诉诸法》的基本内容

罗马共和国共颁布了三个《瓦雷流斯申诉法》直接或间接限制死刑,以下分述。

第一个《瓦雷流斯申诉法》(Lex Valeria de provocatione)颁布于公元前509年,它由执政官普布流斯·瓦雷流斯·普梯图斯(P. Valerius Putitius,死于公元前503年,别名普布利科拉,意为“为人民所喜者”)提议。该法允许每个罗马市民可以通过诉诸对人民的申诉(Provocatio ad Populum)在罗马城之内限制长官的谕令权,换言之,在长官希望行使自己的谕令权的情况下要求在百人团大会前接受审判。为了表征长官谕令权的这一改变,去掉了法西斯束棒上的斧头。这样就有了城内谕令权(Imperium domi)和城外谕令权(Imperium militiae,也称军事谕令权)的区分,在罗马城外,长官的法西斯束棒上仍有斧头,他们可以在这里对罗马市民行使强制权而不受申诉权的限制^③。这一法律让罗马市民身份有尊严;限制了长官极端处置市民的生命、身体和财产的行为;把谕令权装进了笼子,以百人团大会限制此等权力。

第二个《瓦雷流斯申诉法》实际上是《瓦雷流斯与奥拉求斯申诉法》(Lex Valeria Horatia de provocatione),它颁布于公元前449年,它禁止创设新的免受申诉限制的长官。这显然指十人委员会^④,因为为了起草《十二表法》,罗马于

① 但瓦罗的《论拉丁语》说:水和火是人类生命中包含的两个最重要的元素。See William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, London, 1875, p. 1293.

② 参见(法)卢梭著,何兆武译《社会契约论》,商务印书馆1980年版,第46页。这样的观点似乎来自苏格拉底。他解释自己在被雅典法院不当判罪后可逃而不逃之选择的言论反映他心目中有一个统治契约。参见(古希腊)柏拉图著,严群译《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》,商务印书馆1983年版,第109页。

③ Cfr. La voce di Lex Valeria de provocatione, Su http://it.wikipedia.org/wiki/Lex_Valeria_de_provocatione 2013年11月12日访问。

④ 这10人是: Appius Claudius, Genucius, Veterius, Iulius, Manlius, Sulpicius, Sextius, Curatius, Romilius, Postumius。

公元前451年进入非常状态,形成十人独裁,对他们的决定不得申诉。取消了保民官。结果演变成10个暴君,被罗马人民赶下台,公元前449年正是十人委员会被驱逐的那年^{[6]156}。该法通过限制设定享有不受控制的死刑权的长官的方式间接地限制了死刑。

第三个《瓦雷流斯申诉法》颁布于公元前300年,它由执政官瓦雷流斯·马克西姆斯·科尔沃斯(M. Valerius Maximus Corvus)提起,它禁止长官鞭打并斩首已向人民申诉的情况下的市民,对违反者没有规定刑罚,只是宣告此等违反为“劣行”。因为那时的人们自尊并有羞耻感,李维相信这样的宣告足以成为违反该法的障碍^[21]。意大利学者卡尔洛·文都里尼认为,从李维记载的“斩首”一词来看,该法适用于兵营,也就是罗马城界以外的地方,因为在城界之内,长官的法西斯束棒上面是不能插斧头的,此等斧头是从王政以来罗马当局执行死刑的工具^[6]。城界以外是保民官的权力不及的地方,也是受判处的市民远离百人团会议的地方,所以,这个瓦雷流斯法扩张了第一个瓦雷流斯法的适用范围,如此限制了独裁官在罗马城界外的杀戮权^{[22]350}。

那么,《瓦雷流斯申诉法》中的“申诉”(Provocatio)一词何意?在我国的法律术语中,“申诉”指引起审判监督审的当事人告诉,《瓦雷流斯申诉法》中用的“申诉”是这个意思吗?非也!德国学者特奥多尔·蒙森(Theodor Mommsen, 1817—1903年)认为,市民在遭受长官的死刑或鞭打(这是执行死刑的前奏)判处后向百人团会议做出的Provocatio相当于第二审,是上诉。但昆克尔(W. Kunkel, 1902—1981年)认为,长官做出死刑或鞭打的判处,不是行使审判权,而是行使强制权(Coercitio),罗马宪法把审判权保留在民会的手中,因此,Provocatio涉及的是第一审。行使此等权利的人相当于向法院起诉一个他认为违宪的行政决定。昆克尔的观点显然更有道理,因为按后来体现《瓦雷流斯申诉法》精神的《十二表法》第九表第2条的规定,处市民死刑的判决,非经百人团会议不得为之^[23]。如此,长官并无死刑权,此等权力属

于百人团大会。但由于“向人民的申诉”的表达历时已久,不宜轻改,故我保留“申诉”的表达,但它指的应该是“起诉”,这是要提请读者注意的。

(二) 申诉权的例外

从上文可见,申诉权有三种例外。第一种是由于空间的例外,在颁布第一个《瓦雷流斯申诉法》时,长官对于罗马城界外的罗马市民行使强制权不受申诉权的限制,这一例外到颁布第三个《瓦雷流斯申诉法》时才消除。第二种例外是由于职官的例外,特定职官例如独裁官或相当于独裁官的十人委员会的强制权行使不受申诉权限制。因为独裁官通常因为战争而设,西塞罗说:战争期间不得对行使职权的官员的决定提出申诉,战争指挥官发布的一切命令都是合法的、有效的^{[24]256}。这个例外因为第二个《瓦雷流斯申诉法》而消除。第三种例外是因为被告行为性质的例外,例外,对于叛国者,罗马人认为他们是敌人,被剥夺了罗马市民权,故不赋予他们申诉权。元老院对于卡提林那党人的处分就是基于这种“敌人不复为市民”理论^{[25]163}。前两个例外都与军事活动有关,后两个例外都与紧急状态有关,由此可以证明,“申诉”是平时法,它与非常法是对立的。为了保障市民权并限制长官的权力,罗马人逐渐减少申诉权的例外,但从未完全消除它们。

四、申诉权的扩张

(一) 《兑流斯申诉法》

该法的拉丁文名称是Lex Duilia de provocatione,颁布于公元前449年,由保民官兑流斯(Marcus Duilius,公元前471年和公元前449年分别担任保民官)提议,是一个平民会决议。它规定:如果任何人意图设立一个其决定不可申诉的官职,或者取消平民保民官一职,应鞭打并处死之^{[26]46}。此法站在平民的立场重复了《瓦雷流斯与奥拉求斯申诉法》关于禁止设立不受申诉权限制的长官的规定,但新增了禁止取消平民保民官的规定,因为十人委员会曾废除保民官制度,形成了积极权力无消极权力制约的

不利局面。兑流斯是解除十人委员会权力后保民官制度恢复后被选出的保民官,他还引导平民通过了处死提议颁布取消保民官制度者的法律^[27]。因此,该法是与《瓦雷流斯与奥拉求斯申诉法》配合,进一步消除不受控制的权力产生的可能。

(二)《波尔求斯·雷加法》

该法的拉丁文名称是 Lex Porcia,颁布于公元前199年,由保民官 P. 波尔求斯·雷加(P. Porcius Laeca)提议,因而是一个平民会决议。它把申诉权扩展到离罗马城界以外,以保护在意大利和行省的罗马市民免受总督的几乎不受限制的谕令权的危害^{[28]322s}。其内容与第三个《瓦雷流斯申诉法》接近。这种重复与《兑流斯申诉法》对《瓦雷流斯与奥拉求斯申诉法》的部分重复一样,可以从不同的立法机关(百人团大会和平民会)代表不同的阶级(贵族阶级和平民阶级)提出同样的诉求解释。

(三)《关于鞭打市民的波尔求斯法》

该法的拉丁文名称是 Lex Porcia de tergo civium,颁布于公元前195年。对于把鞭打作为独立处罚的长官决定,它允许人民申诉。可能就此废除了针对罗马市民的鞭刑。但似乎允许作为执法措施的鞭打^{[28]322s}。

(四)《波尔求斯法》

该法的拉丁文名称也是 Lex Porcia,颁布于公元前154年,对不遵守申诉权规定的长官处以新的更严厉的惩罚,可能是死刑^{[28]322s}。“新”当是相对于第三个《瓦雷流斯申诉法》的“无处罚”规定而言的,所以,这个《波尔求斯法》完善了第三个《瓦雷流斯申诉法》,把它从“软法”变成了“硬法”。

五、违反申诉权的死刑案例及其法律应对

既然有限制死刑的上述立法,在有人违法适用死刑时,法律会有何应对呢?以下通过一些罗马法史上的著名死刑案件说明这一问题。

(一)提贝留斯·格拉古之死及其法律反应

提贝留斯·格拉古(公元前163或公元前

162—公元前133年)于公元前134年当选为保民官,在职期间,提出土地法案,规定每人占有的公地不得超过500尤格,超过的部分由国家没收分给穷人^{[29]26}。这个劫富济贫的法案由于触犯了寡头的利益遭到其强烈的反弹,提贝留斯·格拉古最终被暴民杀害。

公元前123年,提贝留斯·格拉古的弟弟盖尤斯·格拉古当选为保民官,他为哥哥伸张正义,颁布了《森普罗纽斯市民死刑法》,禁止在未经人民授权的情况下审理市民的死刑案件,授权此等人民裁定对违法者的处罚^{[26]145}。此法的目的是废除在百人团大会审理死刑案件前此等案件经历的预审,并打击“人民公敌”的概念,即在一个人依法被定罪前可把他当做敌人、剥夺其市民权的观念。它包括溯及力条款,规定任何未经审判流放或处决一个市民的长官自身将受国事罪的追究。据说,此等溯及力条款针对的是公元前132年的执政官伯比流斯·雷纳斯(Popillius Laenas),此人在提贝留斯·格拉古改革失败后曾流放或处决其追随者。此法颁布后,雷纳斯自我流放以逃避公审。所以,《森普罗纽斯市民死刑法》构成对市民权的强有力保护^{[30]132}。

(二)盖尤斯·格拉古之死及其法律反应

公元前123年,提贝留斯的弟弟盖尤斯·格拉古(公元前159—公元前121年)当选为保民官,在位两年。他继续其兄长的改革路线,提出了一系列改革方案。首先是土地法,旨在完善其兄提出的土地法案;其次是打破元老阶级的司法垄断,允许骑士阶级的成员进审理搜刮钱财罪等罪的常设刑事法院。它们共同服务于贬抑过去的高位者,提升过去的低位者的目的。由于触犯了元老阶级的既得利益,盖尤斯像他的哥哥一样最终在卸任后被谋杀^[31]。

公元前122年,是年的执政官路求斯·欧皮缪斯(Lucius Opimius)发布元老院最终劝告(相当于紧急状态,其中对于谋反者,执政官可不经审判处死之)后,悬赏以等量黄金取盖尤斯·格拉古的人头。在绝望中,后者的奴隶杀死盖尤斯·格拉古后自杀,欧皮缪斯还不经审判杀害格拉古党人3000多人^[32]。

公元前120年,欧皮缪斯因为上述暴行受审,却由于盖尤斯·卡尔博(Gaius Carbo)的出色的辩护逃脱了惩罚,他说是为了国家安全这样做的^[33]。

(三) 撒图尔尼努斯之死及其法律反应

撒图尔尼努斯(Lucius Appuleius Saturninus)是公元前103年和公元前100年的保民官,民众派领袖。公元前100年,为了第三次当上保民官,他雇人打死了竞争对手盖尤斯·梅姆纽斯(Gaius Memmius),由此激发民变。撒图尔尼努斯率党人逃到卡皮托山上避难,由于断水投降。当时的执政官马略(Gaius Marius,公元前157—公元前76年)允诺保障他们的人身安全,准备按法律程序审判他们,把他们安置在元老院会所(Curia Hostilia)。但更激进的贵族派人士等不得审判,揭开会所的瓦把他打死^[34]。

由于保民官的人身神圣不可侵犯,所以杀害他的人的罪行很严重^①。公元前63年,在杀害事件发生37多年后,保民官阿提尤斯·拉比耶努斯(Attius Labienus)在恺撒的支持下发动了以当时的行凶者腊比里乌斯(Gaius Rabirius)为被告的诉讼,意在打击元老院寡头集团,不承认元老院有实施紧急状态的权力,为此恢复了几乎已被废止了的关于极为严重的叛国罪(Perduellio)的法庭审理程序,结果导致腊比里乌斯的案件由一个百人团审理,被告被判在十字架上钉死。但他向人民提出申诉,案件转给百人团会议审理。西塞罗为他辩护,主张腊比里乌斯是服从了执政官的召唤镇压叛乱。此案遂无疾而终^[35]。

(四) 卡提林纳党人之死及其法律反应

卡提林那(Lucius Sergius Catilina,公元前108—公元前62年)出身于没落贵族。公元前64年和公元前63年两度竞选执政官失败,遂纠集同党(裁判官林德鲁等),准备组织没落贵

族和苏拉的前部下发动武装政变。公元前63年,当时任执政官的西塞罗在元老院发表演说,主张镇压卡提林那分子。卡提林那出逃,直到次年才战败被杀,但当时他的许多同党都落在西塞罗手里。据费希特的评论,这些人罪当流放,如果要处死他们,则第一,必须把他们提交给民众法庭;第二,死刑必须公开执行。但西塞罗迫于情急,两样都未做到:他未将被告交给百人团会议,而是交由元老院审判;另外,他在监狱中执行被告们的死刑,甚至把一些“坏蛋”(例如Aulus Fulvius)交给其家父作诛杀处理。更有甚者,他没有给予被告以申诉权。

针对西塞罗的这些过犯,保民官克洛丢斯(P. Clodius Pulcher)于公元前58年提出《克洛丢斯罗马市民死刑法》,它规定对不遵守申诉权规定的长官处流放之刑^[36]⁶⁷。特别反对以紧急状态的名义践踏人权。西塞罗只好自我流放到希腊^②。

(五) 恺撒之死及其军事反应

公元前44年3月15日,恺撒被布鲁图等人在元老院会议场所刺杀。此等处置违反了非经百人团审判不得处罗马市民死刑的原则,但非常有意思的是,恺撒的继承人屋大维不像以前的罗马人一样通过诉讼或立法解决谋杀问题并做效尤,而是采取军事行动的方式解决。最后在战场上诛杀凶手。真是枪炮响处法无声。但凶手们有自己的抗辩理由:第二个《瓦雷流斯申诉法》规定:不得创设不受人民的申诉权制约的官职。任何创设此等官职的人,任何人可得而诛之,不受死刑的惩罚。这样就开启了诛戮暴君合法论。按照这样的理路,恺撒符合暴君的条件,因为他于公元前44年担任终身独裁官,而独裁官的决定是不受申诉权限制的。

(六) 帝政时期的替代物 《关于公暴力的优流斯法》(Lex Iulia de vi publica)

到了帝政时代,百人团会议逐渐消亡,向百

① 根据罗马刑法,杀害保民官的人要被沦为牺牲,即处在人人可得而诛之的地位,还要剥夺其全部财产奉献给平民的神。Bernardo Santalucia. *Diritto e processo penale nell' antica Roma*. Giuffrè, Milano, 1998, p. 42.

② 参见梁志学主编《费希特选集·以知识学为基础的自然法权基础》(第2卷),商务印书馆1994年版,第541页。提到这一故事的还有卢梭的《社会契约论》,见何兆武的中译本,商务印书馆1980年版,第166—167页。参见(苏)谢·勒·乌特琴科著,王以铸译《恺撒评传》,中国社会科学出版社1986年版,第14页及以次。

人团会议的申诉不能为继,产生了打造替代制度的需要,为此,奥古斯都于公元前17年颁布了《关于公暴力的优流斯法》,打击侵犯市民的申诉权,处死或鞭打罗马市民,以及在他们颈上套扼拷打他们的长官。这样的安排合乎传统,因为在不给市民申诉机会的情况下杀害他们,等于杀人,犯了暴力罪(Crimen vis)^{[23]351}。请注意,这是3世纪的法学家乌尔比安在其《论行省总督的职责》一书中留下的论述^{[37]817},证明在那个时代,申诉制度还是有的。那么,向谁申诉?向皇帝申诉。

六、结论与推论

人们通常认为限制死刑是一个近代的举措,一般都把贝卡利亚(1738—1794年)作为废除死刑思想的先祖。确实,他在《论犯罪与刑罚》(1764年)中,以社会契约论为依据反对死刑,认为人们在订立社会契约时,虽让渡了部分权利,但未让渡生命权。因为人们订立社会契约是以小舍换大得,如果以生命换安全,那就得不偿失了^[38]。洛克提出了类似的观点,认为人不能让渡自己不曾有的东西。在他看来,生命属于上帝,个人不过是生命的受托人,在订立社会契约时他无权把生命让渡给当权者^[39]。这种观点与前文援引的苏格拉底和卢梭的以社会契约论为依据证成死刑的观点形成对立。后

来,奥地利以上述思想为基础搁置了死刑。俄国也一度废除死刑。美国宾夕法尼亚州也废除针对一级谋杀罪以外的死刑^[40]。由此出发,越来越多的国家废除了死刑,形成一场遍及全世界的废除死刑运动。

实际上,这种对待死刑的立法态度历史悠久,罗马法就是限制死刑的古代法律体系。不仅从刑法的角度进行限制,而且从宪法的角度进行限制。在这一框架内,很早就孕育了对幼年和孕妇不适用死刑的制度,以及允许以自我流放取代死刑的制度,所有这些都表达了对人命的爱惜,表达了古代的人权观念。但这些好的规定不能构成对其坏的规定的辩护,例如那些关于残酷执行死刑方式的规定。

或问,罗马法为何限制死刑?我认为原因有三。其一,维护人权;其二,保持人口;其三,为受死刑者的复出留下转圜余地。容分述之。

尽管人们通常认为人权是近代才有的概念^①,但古典世界也有人权观念的观点得到了越来越多的人承认^②。确实,罗马哲学家塞内卡(公元前4—65年)拒斥不人道的和卑劣的刑罚,例如十字架刑。西塞罗也认为,十字架刑是君主制时期的遗物,而拷打是不自然的对待,是亵渎神明的^{[41]1898}。这些言论虽未提到废除死刑,但提到了取消严酷的死刑执行方式,具有人权思想的特征。罗马刑法中限制死刑的实践,应是对这一思想的展开。

① “古代和中世纪不存在人权观念,这是因为古代和中世纪的社会经济基础——奴隶制度和封建制度是以广大劳动者被剥夺人身自由和其他权利为其存在前提的,因而同人权是不相容的。”参见赖元晋、王景璜《试论人权的历史演变》,载《世界历史》1990年第3期,第2页。

② 关于古典世界的人权,文献众多,英文的有:(1) R. A. Bauman, *Human Right in Ancient Rome*, London-New York, 2000. (2) M. C. Nussbaum, *The World of Human Dignity: Two Tension in Stoic Cosmopolitanism*, in G. Clarke, T. Rajak (a cura di), *Philosophy and Power in the Graeco-Roman World*, Essays in Honour of Miriam Griffin, Oxford, 2002, pp. 31-49. 意大利语的有:(1) G. Grifo, *Per una prospettiva romanistica del diritto dell'uomo*, in K. M. Girardet, U. Nortmann (a cura di), *Menschenrechte und europäische Identität*, Stuttgart, 2005, pp. 240-269. (2) A. Facchi, *Breve storia del diritto umani*, Bologna, 2007. (3) G. Giliberti, *Omnium una libertas. Alle origini dell'idea di diritto umani*, in Labruna (diretto da), 2006, 2, pp. 1881-1916. (4) M. Talamanca, *L'antichità e il "diritto dell'uomo"*, in AA. VV., *Convenzione del consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in onore di Paolo Barile (Acc. Lincei, Roma, nov. 2000), Roma, 2001, pp. 41-89. (5) G. Pugliese, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, "Rivista di diritto processuale civile" 43, 1989, pp. 619-639. 法语的有:(1) J. Gaudemet, *Des "droits de l'homme" ont-ils été reconnus dans l'Empire Romain?* Labeo 33, 1987, pp. 7-23. (2) J. Gaudemet, *Des "droits de l'homme" dans l'Antiquité*, in R. Feenstra et alii (a cura di), *Etudes dédiées à Hans Ankum*, I, Amsterdam, 1995, pp. 105-115. (3) J. Gaudemet, *Le monde antique et les droits de l'homme. Quelques observations*, in Jones (a cura di), 1998, pp. 175-183. (4) G. Haarscher, *Le monde antique et les droits de l'homme*, in Jones (a cura di), 1998, pp. 197-208. (5) H. Jones (a cura di), *Le monde antique et les droits de l'Homme*, Bruxelles, 1998. (6) M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1990.

其次,限制死刑是罗马人口法的配套措施。罗马法一直以人口为国家之本,采取鼓励生育政策,把生育定为市民的义务。为了敦促罗马人履行生育义务,国家首先采取奖励的方略。以上措施是为了增加人口,限制死刑的刑法则属于问题的消极方面,也即避免由于国家行使刑罚权减少人口。

最后,罗马的死刑具有阶级性,针对上层社会成员的死刑允许受刑者以流亡代死,则保留了政治转圜的机会,例如针对西塞罗的死刑就是如此。受刑人都是罗马社会的精英、前高官,也许他们将来对国家有用,所以不杀他们,是考虑到了国家未来的需要。果然,西塞罗在被取消死刑后都对罗马国家做出了很大的贡献。

总之,《瓦雷流斯申诉法》及其衍生法是限制死刑的宪法性法律。它们治理官杀,始终把公权力看做危险源而防范之。它开创了刑事重判复议制度,借此对长官行为的合宪性进行审查,故有人认为它是违宪审查制度的起源^[42]。

从实践来看,《瓦雷流斯申诉法》的适用状况不错,从提贝留斯被杀案到卡提林纳党人被杀案,都是凡有滥杀,必有清算性法律或审判的结局,但滥杀者并不总是承担滥杀的责任,因为紧急状态而滥杀是他们最常用的辩护理由,如此揭示了市民生命权保护与紧急状态制度之间的紧张关系。恺撒的被杀没有导致清算性的立法或审判,而是引发了诛戮暴君合法论与武装惩罚滥杀论之间的角力,最后以后者的胜利告终。尽管如此,此等胜利的赢得者奥古斯都仍把申诉权制度转入了帝政的法律中,由此完成了这一方面共和与帝政两个时期法统的贯通。

《瓦雷流斯申诉法》确定的这一原则当今仍有影响,兹以限制无人机杀人为例说明之。

无人机是以无线电遥控或由自身程序控制的不载人飞机。1914年由英国人发明,先是用作靶机,近10年以来用作攻击性武器,其特点在于操作员通过无人机在几千公里外杀人,杀戮对象是敌对方的武装人员。在3000英尺的上空,无人机操作员可看清目标的衣服是什么牌子,根据指挥官的命令像操作游戏机一样施放导弹杀人。在6000小时(持续5年)的操作

期间,操作员布兰登·布莱恩特(Brandon Bryant)所属的中队共杀死了1626人^[43]。无人机杀人的特点之一杀人者感受不到现场的血腥,因对杀戮没有或少有心理负担;特点之二是未审先杀,未经正当程序杀人,如此很有可能误杀或不分罪行轻重一概杀,导致惩罚没有梯度。在击杀本·拉登都被俄罗斯谴责为未审先杀的当代,无人机杀人没有道德正当性。而且,尽管到目前为止美国都只是用无人机诛杀外国人,但不排除美国当局用它诛杀美国公民的可能。所以,在民众的强大压力下,2013年3月8日,美国国会作出决议,不得用无人机杀戮在美国本土的美国公民。但此等决议并不排除用无人机杀戮在美国本土以外的美国人以及外国公民。尽管如此,《瓦雷流斯申诉法》的原则毕竟在一定的空间针对一定的主体得到了实现。

[参考文献]

- [1]徐国栋. 优士丁尼《法学阶梯》评注[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [2]Pietro Cerami, Antonio Metro, Alessandro Corbino, Giampaolo Purpura. *Roma e il diritto* [M]. Napoli: Jovene, 2010.
- [3]Olga Tellegen-Couperus. *A Short History of Roman Law* [M]. London: Routledge, 1993.
- [4](意) 阿尔多·贝特鲁奇. 意大利刑事实体法与程序法的若干罗马法基础[C]//薛军译.(意) 罗伯特·隆波里, 阿尔多·贝特鲁奇, 等. 意大利法概要. 北京: 中国法制出版社, 2007.
- [5]徐国栋. 优士丁尼罗马法中的公诉犯罪及其惩治——优士丁尼《法学阶梯》中的“公诉”题评注[J]. 甘肃政法学院学报, 2010(6).
- [6](意) 桑德罗·斯奇巴尼选编. 民法大全选译·债·私犯之债(II)和犯罪[M]. 徐国栋译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [7]Aelius Lampridius. *The Life of Severus Alexander(XXIII)*, David Magie [EB/OL]. <http://www.severusalexander.com/historia.htm> 2009-11-05.
- [8]Mario Talamanca (sotto la direzione di). *Lineamenti di Storia del Diritto Romano* [M]. Milano: Giuffrè, 1989.
- [9]Eva Cantarella. *I Supplizi capitali in Grecia e a Roma, Origine e funzioni delle pene di morte nell'Antichità classica* [M]. Milano: BUR, 1996.
- [10]Carl Ludwig von Bar. *History of Continental Criminal Law* [M]. Boston: Little, Brown, and Company, 1916.

- [11] Bobby Kelly. The Roman Death Penalty [J]. *Biblical Illustrator* ,Vol. 7(Spring) 2012.
- [12] (日) 盐野七生. 罗马人的故事 XI: 结局的开始 [M]. 郑维欣译. 台北: 三民书局 2005.
- [13] Max Radin. The Lex Pompeia and the Poena Cullei [J]. *The Journal of Roman Studies* ,1920(10) .
- [14] H. J. Haskell. *This was Cicero* [M]. New York: Alfred A. Knopf ,1942.
- [15] (意) 卡斯蒂廖尼. 医学史 [M]. 程之范主译. 桂林: 广西师范大学出版社 2003.
- [16] Eddie Clark. *Capital Punishment in Ancient Rome* [D]. These of Xavier University 2005.
- [17] 徐国栋. 罗马私法要论——文本与分析 [M]. 北京: 科学出版社 2007.
- [18] Fergus Millar. The Fiscus in the First Two Centuries [J]. *The Journal of Roman Studies* ,1963(53) .
- [19] Bernardo Santalucia. *La Giustizia penale in Roma antica (I)* [M]. Bologna: Mulino 2013.
- [20] William Forsyth. *Life of Marcus Tullius Cicero(Vol. I)* [M]. New York: Charles Scribner and Company ,1865.
- [21] Tito Livio. *Storia di Roma(Libro X)* [EB/OL]. www.sanniti.info/livio10.html , [2013 - 10 - 10].
- [22] Carlo Venturini. Per una riconsiderazione della provocation ad populum ,A proposito della Lex Valeria del 300 a. C. [J]. *Index* 2008(36) .
- [23] 徐国栋 (意) 阿尔多·贝特鲁奇 (意) 纪慰民译. 《十二表法》新译本 [J]. *河北法学* 2005(11) .
- [24] (古罗马) 西塞罗. 论共和国·论法律 [M]. 王焕生译. 北京: 中国政法大学出版社 1997.
- [25] Francesco De Martino. *Storia della Costituzione Romana (Vol. III)* [M]. Napoli: Jovene ,1972.
- [26] Véase Antonio de Puente y Franco y Jose Francisco Diaz. *Historia de Leys ,Plebiscitos y Senadoconsultas mas notables Desde la Fundacion de la Roma hasta Justiniano* [M]. Madrid: Imprenta de D. Vicente de Lalama , 1840.
- [27] La Voce di Duilo. *Marco* [EB/OL]. <http://www.treccani.it/enciclopedia/marco-duilio/> [2013 - 11 - 12].
- [28] H. H. Scullard. *A History of the Roman World , 753 to 146 BC* [M]. New York: Routledge ,1991.
- [29] 吴于廑. 格拉古改革 [J]. *历史教学* ,1964(3) .
- [30] Marco Tulio Cicerón , Susan Olfson Shapiro. *O Tempora! O Mores!: Cicero's Catilinarian Orations; With Historical Essays* [M]. University of Oklahoma Press 2005.
- [31] 杨共乐. 罗马史纲要 [M]. 北京: 东方出版社 ,1994.
- [32] (日) 盐野七生. 罗马人的故事 III: 胜者的迷思 [M]. 林雪婷译. 台北: 三民书局 ,1998.
- [33] (古罗马) 西塞罗. 论演说家 [M]. 王焕生译. 北京: 中国政法大学出版社 2003.
- [34] (古罗马) 阿庇安. 罗马史(下卷) [M]. 谢德风译. 北京: 商务印书馆 ,1976.
- [35] (苏) 谢·勒·乌特琴科. 恺撒评传 [M]. 王以铸译. 北京: 中国社会科学出版社 ,1986.
- [36] Luca Fezzi. *Il Tribuno Clodio* [M]. Roma-bari , Laterza , 2008.
- [37] *The Digest of Justinian(Vol. 4) , Mommsen , Alan Watson*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press , 1985.
- [38] 周振想. 贝卡利亚的死刑思想评述 [J]. *法学家* ,1994(3) .
- [39] (英) 洛克. 政府论(下篇) [M]. 叶启芳 ,瞿菊农译. 北京: 商务印书馆 ,1964.
- [40] 苗延波. 20 世纪各国死刑废除运动的回顾及评述 [J]. *法学论坛* 2005(6) .
- [41] Giuseppe Giliberti. *Omnium una libertas ,Alle Origine dell' idea di diritti umani* [C] // Luigi Labruna(direttore) ,Tradizione Romanistica e costituzione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane ,2006.
- [42] Gaetano Mancuso. *Alle origini del sindacato di costituzionalità* [EB/OL]. <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/mancuso/annaliXLVII.htm> [2013 - 03 - 07].
- [43] 储信艳. 美无人机操作员: 遥控飞机阿富汗杀人像打游戏 [EB/OL]. <http://mil.sohu.com/20131103/n389453526.shtml> 2013 - 11 - 03.

[责任编辑 李晶晶 责任校对 王治国]